

El Derecho Indígena, el pariente pobre de la Historia del Derecho

Ricardo Andrés Loyola-Alcota

Historiador

Consejo Nacional de Historia

Resumen

La temática del Derecho Indígena es una odisea que invita al jurista no sólo a adentrarse en un pasado más allá de la historia de su nación, sino que mueve necesariamente a generar la urgencia de interrelacionarse con otras disciplinas que puedan complementar su labor. En esta aventura, los ordenamientos de las comunidades indígenas son poco estudiados, ya que se teme muchas veces a esta interrelación y es así como en Chile la materia está casi olvidada, no así en otras latitudes donde se ha abordado de distinta manera el tema.

Sin embargo, pese a los intentos de abordar la temática, abrir el camino por el Derecho Indígena lleva consigo aparte de lo anterior, la necesidad de replantearse conceptos claves en las ciencias jurídicas como el Derecho mismo y atender a la forma en que se ha visto tradicionalmente el sistema jurídico de las comunidades nativas, tanto de un punto de vista cronológico como también en su manejo en el vocabulario jurídico occidental.

El presente trabajo tiene como fin, entregar una visión general del problema, examinar en que pie se encuentra la temática a nivel de la cátedra de Historia del Derecho en Chile e indagar, bajo el contraste como se maneja el tema fuera de las fronteras, determinando algunos puntos problemáticos en dicho esfuerzo por conocer más allá de la simple norma positiva en cualquier etapa de la historia.

Palabras Clave: Derecho; indígena; indiano; castellano; costumbre.

Preámbulo

¿Existe un Derecho Indígena?, la sola pregunta puede causar una disrupción en las ciencias jurídicas, mas aun si lo abordamos desde la óptica de la catedra de Historia del Derecho. ¿Enseñamos a nuestros alumnos los elementos del Derecho Indígena?, muchas veces la respuesta es negativa.

El campo del análisis de la normativa indígena conlleva a repensar la Historia del Derecho y especialmente su sección referida al Derecho Indiano, establecido por la Corona castellana al conquistar las Indias, donde se establece su vigencia en la forma de fuente consuetudinaria, sin embargo ¿podemos pensar que desde allí existe Derecho Indígena?

En cada paso que damos surge una nueva incógnita que debemos resolver, haciéndonos cargo incluso de temas de teoría general o filosofía de nuestra ciencia, como es el concepto de Derecho, del cual depende si podemos englobar en este a las comunidades nativas y eso dependerá solamente de cuan amplio o restringido sea nuestra concepción.

Como un punto de partida, será prudente analizar el estado de la materia en el sistema chileno, cómo se ha abordado, si es que se ha hecho y cómo en países extranjeros se ha llevado adelante esta materia, para luego verificar los conceptos de Derecho y las problemáticas que conlleva tratar el tema que nos convoca.

El Derecho Indígena en la Historia del Derecho chilena. Estado del arte.

Tal como hemos titulado, el Derecho Indígena viene a hacer el elemento olvidado en las cátedras de Historia del Derecho, especialmente en las que se imparten por años, muchas veces, en Chile, situación diversa de lo que ocurre a nivel americano.

Desde el año 1902, gracias a la influencia del filósofo y rector de la Universidad de Chile, Valentín Letelier, fue incorporada la Historia General del Derecho a la malla de los estudiantes de la Escuela de Derecho de dicho plantel, principiando por una concepción histórico-jurídica-sociológica, la cual entendía la Historia del Derecho como el resultado de la sumatoria de la sociología jurídica más la historia de la legislación (Palma y Elgueta, 2018: 35). Desde ahí hasta nuestros días la cátedra fue evolucionando llegando a separarse de la historia tradicional y las ciencias sociales para constituirse en una particular ciencia jurídica, concepción que hoy se ha visto superada por una polifacética que la incluye y la vincula con otras cátedras como la historia y las ciencias sociales, provocando un trabajo multidisciplinario.

Sin embargo, pese a esa evolución, los contenidos vertidos en manuales y textos, no han variado salvo algunas contadas excepciones. El principal texto que ha acompañado la cátedra por años es el "Manual de Historia del Derecho" del profesor Jaime Eyzaguirre editado en un comienzo como "Apuntes de Clases" entre 1960 y 1967, para luego en 1968 ser editado como un libro que hasta hoy cada año se reedita. La obra se encuentra estructurada en un capítulo general sobre conceptos de la historia, para luego adentrarse en la historia del Derecho español desde la romanización, pasando por la Edad Media, el descubrimiento de las Indias, la problemática de los Justos Títulos, el nacimiento del Derecho Indiano, formación del Derecho Nacional, para finalizar con la codificación.

Hacia 1983, el profesor porteño de la Universidad Católica de Valparaíso, don Italo Merello lanza su propio texto de "Historia del Derecho", el cual escapa a los contenidos de Eyzaguirre, haciendo énfasis en el Derecho Romano, luego el derecho medieval, el sistema visigodo, para finalizar con el período alto medieval. Como se observa en este caso no existe ni siquiera un ápice de análisis respecto al Derecho Indiano, lo cual llevó a que varias generaciones no lo estudiaran.

En la misma ciudad, pero en la ex Universidad de Chile de Valparaíso, el profesor Aldo Topasio editaba en 1996 su propia Historia del Derecho, en el cual aborda aspectos claves desde el Renacimiento Jurídico hasta la codificación chilena, sin abordar de forma específica el Derecho Indiano y mucho menos, sin ninguna mención al Derecho Indígena.

Hoy más recientemente el profesor Eric Palma González en el año 2004 ha editado su propia "Historia del Derecho Chileno (1808 – 1924)", la cual involucra un análisis respecto al movimiento de la Ilustración desencadenando los hechos revolucionarios que le dan la independencia al país, para luego analizar la fase de consolidación del Derecho Patrio, sin tener que acercarse siquiera al Derecho Indiano, desde ninguna perspectiva.

Quizás el texto más relevante para nuestro análisis resulta ser el del profesor Alejandro Dougnac, quien en 1992 escribió el "Manual de Historia del Derecho Indiano", el cual ha sido reeditado hace muy poco tiempo en México, mismo país que realizó la primera publicación. El profesor Dougnac, sigue la senda de los indianistas, aquella trazada por Rafael Altamira en España, Ricardo Levene en Argentina, Silvio Zavala en México y Alamiro de Ávila Martell en Chile, es entonces el renovador de la senda de Martell en nuestro país y el gran referente hasta hoy en la Historia del Derecho en su parte indiana y es también responsable de, por lo menos, nombrar al Derecho Indígena como integrante del mismo.

Las cátedras tradicionales, basadas en los manuales que hemos observado, no toman en consideración el Derecho Indiano o no valoran uno de sus componentes como es el Derecho Indígena. Para el profesor Eyzaguirre, representante de la cátedra más tradicional, al estudiar el Derecho Indiano en cuanto a sus fuentes lo analiza tripartitamente: ley, costumbre y jurisprudencia. Al referirse a la costumbre simplemente transcribe la ley IV, título I, Libro II de la Recopilación de Leyes Indias, la cual dispone que se guarden las leyes y las costumbres indígenas que no se

opongan a la religión y a las leyes españolas vigentes, haciendo énfasis en que la Tasa de Gamboa de 1580 ya había contemplado algo similar para Chile (Eyzaguirre, 2006: 150). Fuera de esta mención no existen aportes respecto a los indígenas y su sistema jurídico, al contrario de lo que expresa el profesor Dougnac en su obra ya citada, quien al definir al Derecho Indiano señala a este como un conjunto de reglas jurídicas aplicables en Indias, o sea, los territorios de América, Asia y Oceanía dominados por España. En él se comprendían: A) las normas creadas especialmente para las Indias (derecho indiano propiamente tal o municipal); B) el derecho castellano, utilizado a falta de disposiciones especiales, y C) el derecho indígena, propio de los aborígenes (Dougnac, 1994: 11).

De los autores que hemos considerado, solamente el último es el que señala en alguno de sus textos, la existencia de un Derecho Indígena, sin embargo, este no se trata a profundidad en todo el desarrollo del manual, salvo, al igual que Eyzaguirre en la sección donde aborda las costumbres y hace la división dual entre las costumbres criollas y las indígenas, poniendo énfasis en lo que dicta la Recopilación de Leyes de Indias.

Muy por el contrario, la historiografía extranjera, destaca por abordar este tema silenciado en las aulas chilenas, destacan entre ellas las obras de los profesores Basadre en el Perú, tanto padre e hijo, el primero, Jorge Basadre Grohmann en su texto "Historia del Derecho Peruano" editado en 1937 por Antena S.A. expresa ya la pregunta respecto a si existe el Derecho entre los pueblos primitivos, ante la cual apunta que esta calza con la que expresa "¿en que momentos de las diversas etapa del hombre sobre la tierra aparece el Derecho? Para esta discusión – señala el autor – el material de estudio más utilizable es el que presentan los pueblos primitivos de la actualidad" (Basadre Grohmann, 1997: 49). Para el profesor tacneño, el dialogo sobre el Derecho Indígena revela un paso más allá, escapa al Derecho Indiano, este sería un traje estrecho, toda vez que al evocar el Derecho Indígena nos mueve a responder acerca de cuando aparece el Derecho mismo y

como este se puede definir conforme al devenir del ser humano, más adelante veremos este trasfondo.

La misma línea anterior sigue su hijo Jorge Basadre Ayulo en su texto "Historia del Derecho Universal y Peruano" de 2011. Sin embargo, no solamente Perú se encuentra a la vanguardia, con el fin de hacer un somero análisis solamente nombraremos la obra de la profesora Beatriz Bernal, la maestra mexicana que en su libro "Historia del Derecho", editado en México por Nostra Ediciones en 2010, plantea una historia cronológica pasando revista a los sistemas normativos prehistóricos y centrándose en su país antes de la invasión de Cortés, en esta y tras esta, dando una visión del pasado, presente y futuro de la normativa indígena en un breve capítulo.

Así las cosas, vemos en la literatura extranjera una evolución en cuanto a abordar el tema que nos acoge y en definitiva seguir la guía que plasmaron los primeros maestros modernos de la Historia del Derecho. El sistema de las literaturas nos lleva a recrear la visión de Ricardo Levene por ejemplo, quien hacia 1918 ya señalaba que las comunidades indígenas tuvieron una organización jurídica típica (Levene, 1918: 5), comentario que se reafirma seis años más tarde al señalar que el "Derecho indígena sobrevivió después de la conquista española e inspiró la legislación indiana más de lo que comúnmente se admite" (Levene, 1924: 34), ya a esa altura el maestro argentino hablaba de un Derecho Indígena como tal, lo que supone un reconocimiento de este como un elemento clave del Derecho Indiano, pero que también puede ser parte de algo más que sólo esta sección de la Historia del Derecho.

Los anuncios de Levene, fueron recogidos también por otro grande la Historia del Derecho, Rafael Altamira quien habló en 1941 de las "Costumbres y legislación Indígena" (Altamira, 1941: 15), entre ambos se genera una corriente que nos habla a principios del siglo XX, de la necesaria existencia de este Derecho Indígena, pero

que a esa altura resulta muy difícil de estudiar debido a la poca comunicación entre las ciencias sociales y la necesaria interdisciplina que merecen estos estudios, por que tal como señala García Gallo, el Derecho indígena se transforma en un “problema que está por estudiar” (García-Gallo, 1972: 92), situación que se mantiene hasta nuestros días, de forma general en Chile y de forma metódica en los libros extranjeros que nombramos.

Finalmente, y conforme a este breve análisis, hemos podido ver como los diversos autores de distintos países tratan estas materias, las cuales son desconocidas en Chile, pero de alguna manera son tratadas en los otros países de América, quizás falte sistematicidad o algún orden, pero por lo menos existen, lo cual es un avance a lo que en nuestro país se ha realizado. Sin embargo, y sin el ánimo de ser tan reiterativo, estamos ante una materia que necesita un nuevo enfoque de estudio y un salto desde la pura y simple ciencia jurídica a una interrelación con otras disciplinas de las ciencias sociales y otras más exactas y científicas, que permitan conocer el pasado que escapa a la historia y merece ser conocido por nuestra disciplina que estudia los ordenamientos jurídicos pasados.

Formas de abordar la temática del Derecho Indígena. El primer paso, hacia una nueva definición del Derecho.

Teniendo presente el estado del arte en cuanto al abordaje del Derecho Indígena, podemos plantear algunas formas de tratar esta materia, la cual nos implica definir que podemos entender por aquello. Partiendo de esta base, la conceptualización se nos plantea como una, para algunos, grave situación que debemos sobrepasar.

Debemos comprender que estamos hablando de un Derecho de ciertas comunidades aborígenes, algunas obviamente si lo tratamos desde la esfera de la Historia del Derecho, prehistóricas o antes del nacimiento de la escritura o la invasión occidental americana, cuando nos centramos en nuestro continente.

Tratar el tema del Derecho Indígena nos mueve a revisar las diversas definiciones de nuestra ciencia y ver, conforme a cada país si debemos o no actualizar estos estudios o mantenerlos en su estado, pasando de un problema de la Historia del Derecho a la Filosofía del mismo.

Definir el Derecho, es el primer desafío que nos entrega nuestro tema de análisis y el primer salto desde una concepción positivista a una más integradora e interpretativa de la realidad.

Por lo menos en el caso chileno, los autores más tradicionales definen al Derecho desde un punto de vista positivo, siguiendo el positivismo de Hart y en parte a Kelsen, enunciando al Derecho como:

“un fenómeno cultural, de carácter preferentemente normativo, sustentado en el lenguaje que regula su propia creación, interpretable a la vez que argumentable, que rige las relaciones de hombres y mujeres que viven en sociedad, y cuya nota identificatoria más específica consiste en la coercibilidad, esto es, en la legítima posibilidad de auxiliarse de la fuerza socialmente organizada para conseguir una eficaz aplicación de las sanciones o consecuencias adversas o negativas que deban seguir para los sujetos normativos cada vez que el Derecho sea incumplido por alguno de estos (Squella, 2007: 54).

Estos conceptos que se revelan en las cátedras con una definición más simple, como el decir que el Derecho es el conjunto formado preferentemente por normas (Squella, 2003), nos revela una visión positiva de la ciencia en la que nos movemos, lo que acarrea un doble efecto, no solamente limitar la concepción jurídica, sino que dejar de lado el sistema normativo indígena, al no estar compuesto de la forma positiva como vemos nuestro propio Derecho actual. Quizás esto explica en la realidad chilena, la escasa o ninguna referencia al Derecho Indígena en los distintos textos de Historia del Derecho como hemos visto anteriormente.

Sin embargo, pese a la definición positivista, que muchas veces se le atribuye a las enseñanzas de Hans Kelsen, es este mismo autor quien alguna vez expresó:

“¿Qué pueden tener en común el derecho de los antiguos babilónicos con el que rige hoy en los Estados Unidos de Norteamérica? ¿Qué puede haber en común entre lo que con el nombre de derecho impone en una tribu un -cacique despótico y la constitución de Suiza? En todos esos casos se trata de una técnica social que consiste en obtener comportamientos deseados por medio de la amenaza de sanciones activas. Y nótese que el ejemplo del cacique despótico no tiene que ser reconducido a alguna remota y ya desaparecida tribu africana, porque el siglo XX, en Occidente, y desde luego en América Latina, fue prolífico en este tipo de figuras” (Kelsen, 1969: 22).

Para este clásico autor, si bien no aborda el tema, reconoce en sus textos y en su pensamiento la existencia de un Derecho en pueblos indígenas o prehistóricos como el caso babilónico, reconoce en sus ordenamientos, en sus formas de comportamiento, las sanciones, la característica coercitiva que genera un acercamiento al Derecho Positivo, de manera quizás imperfecta o como proto Derecho, por decirlo de alguna manera.

Pese a lo anterior, para nosotros el Derecho es algo más que un comportamiento o un sistema coercitivo como característica primordial, autores más aventurados han señalado que la organización del conjunto social, en donde está envuelto el hombre, constituye el “ordenamiento jurídico” (Basadre Ayulo, 2011: 32), de esta forma el Derecho pasa a ser un fenómeno social, no un constructo formado de un pensamiento, una forma de ser, una conducta sino que algo intrínseco, parte del diario vivir y del convivir social. Las reglas impuestas a los individuos en la sociedad, como sea que esta se organice, dan lugar a un ordenamiento y al Derecho, por lo que en base a esta noción podemos concebir la existencia de un Derecho Indígena, no sólo cuando nos vemos enfrentados al momento histórico de la conquista hispana sobre América, sino que también a nivel prehistórico.

Bajo la premisa anterior podemos establecer un hecho lógico y típico, los seres humanos son seres sociales, vivimos en comunidad y eso nos mueve a mantener conflictos entre unos y otros, surgiendo necesariamente reglas que resuelvan esos conflictos particulares y protejan un patrón común en la sociedad toda. Nos regimos por una serie de normas que nos protegen, permiten ciertas conductas, prohíben y castigan otras, sin embargo, algunos autores se consultan al respecto, si esto es tan así, ¿cómo nos diferenciamos de las normas que rigen a los animales que también son seres societarios? Estos autores responden que en el caso de estos su comportamiento viene regulado por la naturaleza, de manera que sus actitudes están sometidos a las normas de su especie e instinto, es la libertad del ser humano la que le permite optar por algún comportamiento y precisamente la razón de que su vida en sociedad exija desde el origen fijar unas pautas o límites que faciliten el uso de esta libertad innata del ser humano en relación con los demás, que lo hace ser distinto a los animales, sujeto de Derecho y autor del mismo (Torres, 2016: 18).

La concepción de que el Derecho es un fenómeno social, junto con cambiar el paradigma estrecho del pensamiento positivista, nos mueve a dos reflexiones más, que el Derecho existe desde que la humanidad se organiza como ser social y que por tanto este es una realidad histórica, un campo que merece ser estudiado y que justifica nuestra asignatura de Historia del Derecho.

Volviendo a nuestro tema de la mano de esta última concepción, llegamos a la necesaria conclusión que siendo el ordenamiento jurídico y el Derecho en si un fenómeno social, las organizaciones indígenas sedentarias hayan o no tenido un lenguaje escriturado, poseían un Derecho propio, que es posible de conocer y que es un elemento del ordenamiento, en el caso en concreto, creado por la monarquía castellana al invadir América en el siglo XV.

El Derecho Indígena como elemento del Derecho Indiano.

Visto todo lo anterior, nos corresponde abordar el Derecho Indígena como un elemento del Derecho Indiano, si bien algunos textos de catedráticos ya lo señalan como tal, no es menos cierto que la Corona de Castilla es la primera en reconocer dentro de sus territorios, que los pueblos originarios de América poseían un estatuto jurídico propio. Así se expresa claramente en la Recopilación de Leyes de Indias Libro II, Título I, ley IV, al señalar:

“Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Cristianos, y que no encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten, y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto, que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al nuestro, y a la conservación y policía Cristiana de los naturales de aquellas Provincias, no perjudicando a los que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos”.

Conforme al análisis del citado cuerpo legal castellano, son los propios reyes quienes reconocen a los pueblos primitivos de la América un ordenamiento compuesto por normas que mantenían el orden o gobierno de la sociedad primitiva y que tenían poder punitivo, sancionador o a la razón de Kelsen, coercibilidad, elemento esencial del Derecho como lo conocemos hoy. Dados estos factores, estas características, es que a la luz de lo que observa la Corona, los indígenas antes de ser conquistados por ellos tenían y podrían mantener en el período hispánico dichos ordenamientos, obviamente siempre que no fueran contrarios al nuevo dominio y a la religión que debía imperar conforme a la donación papal.

El reconocimiento de la existencia de un Derecho como tal del ordenamiento social indígena en América de parte de la normativa indiana, provocó que maestros como Beatriz Bernal en México lo reconociera como uno de los elementos del Derecho Indiano, pudiendo subdividir a este en: Derecho Indiano metropolitano o peninsular, Derecho Indiano criollo, Derecho castellano y Derecho indígena, ante el cual señala que estaba constituido por el grupo exiguo de costumbres jurídicas prehispánicas que, también con el aval de las leyes de Indias, sobrevivieron integradas o permitidas por éstas, a la conquista y colonización de América (Bernal, 2010: 151).

La posición que los reyes tomaron en la norma indiana citada, es para el profesor Dougnac el fundamento para el cual subsistieran muchas instituciones prehispánicas como el cacicazgo, el yanaconaje, las cajas de comunidad, sistemas de repartimiento de agua, de tributos, etc., así expresa que el título de la obra de Juan Polo de Ondegardo publicada en el siglo XVI, por su sólo título es expresión del reconocimiento de un ordenamiento indígena de parte no sólo del rey, la máxima autoridad, sino que también de juristas, académicos y tratadistas, nos referimos a la obra: "Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros" (Dougnac, 1994: 14), mayor reconocimiento de la existencia de este Derecho no puede haber, pero cerramos con la frase de Cortés respecto a los aztecas, quien señala que "las bondades de algunos aspectos del derecho indígena fueron tales que sirvieron de modelo en algunas materias al derecho castellano". (Dougnac, 1992: 262)

Sin embargo, pese a ese reconocimiento que pareciera bastar, los autores que abordan el Derecho Indígena como elemento del Derecho Indiano lo hacen a través del análisis en base a costumbres, como un Derecho consuetudinario y no como se estudia quizás otras expresiones indígenas como es el caso del germano, visigodo o incluso el mismo romano. Algunos han planteado que esto se debe a la falta de escrituración de sus normas, como es el caso del mapuche o del inca,

situación que los enmarca dentro de la costumbre con interés jurídico, lo que para nosotros es una distancia que se marca entre la forma y método de estudio de la Historia del Derecho y la Arqueología Jurídica u otras ciencias afines, que por ejemplo a la fecha han señalado que puede existir un sistema de escritura en la civilización incaica, lo cual de llegar a comprobarse fehacientemente dejaría al Derecho de esta cultura más cerca de un Derecho propiamente tal, sin "apellido", como se trata de encajar hoy en los textos que estudian el Derecho Indiano.

Tal como se trata en los textos sobre el período de dominación hispánica, el Derecho Indígena es visto como un elemento de la ordenación jurídica de este período, pero que se analiza a través de las fuentes de este, o sea existe una contradicción en cuanto al buen tratamiento de los temas en una cátedra. Se presenta como un elemento integrante, pero se trata como una fuente de donde emana, uno de los orígenes de ello del cual es parte. Para poder entenderlo de esa manera, debemos comprender que el Derecho Indiano tiene una de sus vertientes o nace en las costumbres indígenas que pasan a integrarlo siendo un elemento al nacer, de este.

Al ser un elemento del Derecho Indiano, poseía características propias. Ya del reconocimiento real de este como vimos, lo hace aplicable solamente al grupo indígena que lo practicaba, sujeto a las limitantes antes expuestas, sin embargo puede encontrarse un caso en que este sistema jurídico se aplica más allá del grupo al que le pertenece, este caso ocurrió en 1535 cuando Francisco Pizarro funda la ciudad de Lima, al realizar esta obra, trazar calles y ordenar las reparticiones de los solares, conservó e hizo suyas las "ordenanzas" de aguas de los incas, manteniendo los antiguos cursos de la época prehispánica, lo que significó aplicar el Derecho Indígena al Castellano peninsular que ordenaba como fundar las ciudades en el nuevo mundo. (Dougnaç, 1994: 16)

Finalmente, sin perjuicio que se trate como elemento o fuente, ya que conforme a como lo planteamos llega a un idéntico resultado, vemos a través de la historia que siempre ejerciéndose conforme al marco que le estableció la corona, los indígenas llevaron adelante su ordenamiento y lo ejercieron de forma constante. En el caso chileno un ejemplo práctico se suscitó en los pueblos de indios establecidos hacia 1580, donde se les entregó a las propias normativas indígenas la organización de la policía y del aparato jurisdiccional (Doughnac, 1994: 261), permitiendo el desarrollo del elemento punitivo de su ordenamiento y haciéndolo de esta manera eficaz, coercible y plenamente eficiente, en un espacio reducido, pero que no le restaba validez para su ejercicio. Algo parecido se sucedió en 1530 con los Capítulos de los corregidores de indios de Nueva España, en los que se encargaba mantener la organización y policía de los indígenas, lo cual debía hacerse saber a la Real Audiencia con el fin que esta supervigilase y lo enviase al Consejo, o sea había incluso una instrucción de los jueces dispuestos por los hispánicos en aras a conocer este sistema jurídico y supervigilarlo, algo no menor si se tiene en cuenta la leyenda negra de la dominación hispánica que nos habla del nulo respeto del occidental por el indígena y sus usos.

En conclusión, e indiferente de la forma de exponer el Derecho Indígena como un elemento o como fuente del Derecho Indiano, es tratado de manera dispar entre los autores y académicos dedicados a esta materia, algunos lo nombrarán, otros ni siquiera lo tomarán en cuenta, sin embargo sea como sea no existe un análisis propio del tema ni una aproximación siquiera a este, lo que implica la toma de decisión de los autores de pensar siempre en una concepción positivista del Derecho o no querer arriesgarse a la interrelación de sus estudios con otras disciplinas necesarias para conocer esta clase de Derechos.

La problemática del Derecho Indígena. Fuentes y temporalidad.

Hemos dado hasta ahora, un breve repaso acerca de como se trata el Derecho Indígena en manuales y en los textos, lo hemos visto como elemento o fuente, a manera de costumbre, del Derecho Indiano, pero no llegamos a verlo expuesto de manera sistemática por ningún autor hasta ahora. Quizás una de las problemáticas que suscita este punto, junto con la complejidad de su entendimiento, o sea la necesaria multidisciplinariedad, es la fijación de un límite o contexto temporal para hablar de Derecho Indígena. Ambos problemas son esenciales y hacen colapsar muchas veces el edificio que construyen quienes se aventuran en estas áridas materias desde la ciencia jurídica solamente.

A) El problema de las fuentes y su diversidad.

Uno de los problemas a que nos enfrentamos al analizar el Derecho Indígena es lo que tiene que ver con las fuentes, se nos hace imposible conocer este desde la óptica cerrada de las ciencias jurídicas, desde nuestra simple formación o "deformación profesional" como enuncia el profesor Andrés González, la cual se nos produce al estudiar y entender el mundo desde nuestra instrucción, conocer todas las facetas del Derecho y especialmente este tan extraño a nuestros estudios formales. Para evitar esto, es que se hace necesario servirnos de otras ciencias o incluso artes auxiliares, que nos permitan conocer esta identidad, cosmovisión y pensamiento que encierra el Derecho Indígena.

El problema que tratamos tiene que ver con la escasez o nula posibilidad de interpretar las fuentes del Derecho Indígena, muchas de ellas ni siquiera escritas en nuestro idioma, sino que, a través de símbolos o pinturas, por ejemplo, imposibles de descifrar por el Derecho, pero si por la arqueología, etnografía y antropología. No existe ninguna forma de encontrar índices temáticos, ni

carátulas, ni pleitos, ni clase de actos jurídicos o administrativos que permitan al investigador localizar su búsqueda en algún sector de la documentación. (Tau, 1973: 117)

El único orden que existe en cuanto a las fuentes se obtiene tras la implementación del Derecho Occidental, el cual concreta a la visión actual los distintos sistemas jurídicos americanos. Al ordenar las fuentes del sistema indiano, el legislador señaló que tanto las leyes como las costumbres de las diferentes comunidades indígenas tuvieran el mismo valor que los fueros castellanos y es así que incluso grandes juristas como el mismísimo Solorzano Pereira identificaron a los ordenamientos indígenas como verdaderos fueros. (Manzano, 2000: 67)

Sin perjuicio de lo anterior, pese a ese reconocimiento en el Derecho Indiano como costumbre local, existen muchos grupos étnicos en todo el continente conquistado por la corona, por lo que si bien sus ordenamientos pasan a ser costumbres en el Derecho Indiano, estas serán múltiples, lo que llevará a una serie de interrogantes de aplicación territorial y administrativa de ella, así como también nacerán voces en torno a rechazarlas completamente o elegir las mejores como modelo para el Viejo Continente.

La diversidad de grupos provoca un quiebre en la idea general del Derecho Indiano, esto especialmente en su vocación unificadora, ya que, si bien el Derecho Criollo nacido en suelo americano o el Castellano venido de la península logran ese fin, el Indígena por su parte sigue una vía aparte y propia. En todo el continente, como dijimos, existe una enorme diversidad cultural que no puede englobarse en una unidad o criterio general, cada sociedad indígena tiene su propio ordenamiento. Sin embargo, tal como lo han planteado algunos autores, esta sola afirmación final no resuelve el problema, puesto que aún resulta lícito seguir preguntándose si siempre ha habido sociedad o de cuando hablamos de ella, (Tomas y Valiente, 1979: 71) si se trata de los pueblos indígenas, esta

divagación nos puede llevar no sólo hacia la sociología para definir que es la sociedad, sino que también a reencontrarnos nuevamente definiendo de forma omnicomprendiva lo que entendemos por Derecho.

Como conclusión podemos señalar que el Derecho Indígena, englobado como costumbre jurídica en su par Indiano, presenta una gran dificultad al carecer de fuentes que orienten su estudio, se tratará entonces, de un ordenamiento jurídico no formulado, cuya forma no será otra que la de la repetición de actitudes y actos que al final formarán costumbre (González de San Segundo, 1995: 12). Lo anterior es una conclusión propia dada desde la ciencia del Derecho, pero que puede, como lo advertimos al inicio, complementarse con la antropología o la arqueología, la que nos darán indicios acerca de la significación de reglas escritas en otras formas como sería en las piedras (petroglifos) o en sistemas textiles (quipus).

Sea como sea, es innegable que el Derecho Indígena, entendido como costumbre en el Indiano no sólo vitalizó, sino que le dio vida al nuevo Derecho que se imponía, a su vez que permitió mantener la rica tradición de los primeros habitantes de nuestro suelo. Fue un sello indeleble al Derecho Indiano la composición social y étnica de las nuevas sociedades, en cuyo seno no pocas instituciones indígenas supervivieron con su sangre, las costumbres y organización jurídica típica. (Levene, 1918: 5)

Fue tan importante el Derecho Indígena en la época indiana que el jurista Matienzo en su texto "Gobierno del Perú" recomendaba a los gobernantes que no mudaran:

"las costumbres y hazer nuevas leyes y ordenanzas, hasta conocer las condiciones y costumbres de los naturales de la tierra y españoles que en ella habitan, que como es larga aun diversas las costumbres, como los temples; hase primero de acomodar a las costumbres de los que quieren govarnar y andar a su

gusto, hasta que ganadas con ellos la opinión y con la autoridad que tiene hazerles mudar costumbres, y si de golpe quissiese quitar las borracheras de los indios que residen en Potosi, yr se an y si de golpe se quissiesen poner en orden a los caciques que no tiranizasen sus indios, podría resultar de ello algún daño".
(Matienzo, 1910: 118)

B) El problema de la temporalidad del Derecho Indígena.

Hablar del Derecho Indígena, junto a los problemas antes esbozados evoca el inconveniente de definir en que estadio temporal nos encontramos. Tener certeza de lo anterior nos lleva a ponernos quizás en la mente de los primeros europeos que quisieron gobernar y ordenar jurídicamente este continente recién descubierto y que vieron en él una serie de personas organizadas a las cuales había que imponerles un nuevo ordenamiento social y moral, sin dejar de reconocer y de amparar el sistema que ya tenían, lo cual provocó su trascendencia hasta nuestros días.

Es ahí que tenemos que ser cautos al trabajar el tema y definir bien el espacio temporal en que utilizaremos este Derecho Indígena.

En el análisis de algunos textos o manuales sobre Historia del Derecho podemos ver que algunos autores al referirse al Derecho Indígena traspasan con creces los límites temporales, atrasándolos más que adelantándolos. Algunas veces se trata el tema del Derecho Indígena en la etapa del Indiano, lo cual resulta ser lógico al ser un elemento de este, pero se analiza desde el supuesto origen de la comunidad indígena organizada, un caso es el del maestro Jorge Basadre Ayulo, quien en su manual hace un análisis cronológico de la historia y al llegar al descubrimiento de América y el tema de las capitulaciones, continúa con un interesante capítulo sobre el Derecho preinca e inca sin ser analizado desde la óptica de elemento del Derecho Indiano, ya que parte con la premisa de

preguntarse si “¿existió un sistema jurídico preinca? ¿puede conocerse este a cabalidad?” (Basadre Ayulo, 2011: 413). Organizado de esta forma el texto pierde su cronología que va llevando bien hasta ese minuto y en vez de analizar el Derecho Indígena peruano en este caso, como un elemento del Derecho Indiano, lo despega de este y lo posiciona como anterior sin relación de continuidad en la época hispánica.

Por su parte el texto de la académica Beatriz Bernal plantea un orden diverso, luego de definir lo que es Historia y Derecho, trata brevemente sobre el “Derecho Primitivo”, en este caso sigue un verdadero orden lógico y cronológico. Sin embargo, no trata solamente de la organización indígena americana, sino que hace un breve vistazo a las culturas de oriente y medio oriente, para decantar luego en el sistema precortesiano, y sin detenerse en eso amplía su visión hacia el futuro y la supervivencia del Derecho Azteca en la nación mexicana en el presente desde su proyección cortesiana. (Bernal, 2010: 23-40)

En el caso chileno, penosamente no encontramos un texto que aborde la problemática a que hacemos mención en el curso de este trabajo, por lo que en su análisis deberemos seguir ciñéndonos a las doctrinas extranjeras. Tal como expresó García-Gallo, el Derecho o costumbres indígenas suelen ser estudiados como algo anterior a la dominación española, como un sistema prehispánico, creando una confusión tanto en su origen como en su ámbito cronológico de vigencia, toda vez que este Derecho Indígena continúa rigiendo bajo el dominio español (García-Gallo, 1973: 1117-1118), a lo cual nosotros sumamos la posibilidad que permanezca hasta nuestros días inclusive.

Conforme a lo anterior, es que el estudio del Derecho Indígena puede llevarse a cabo desde un nivel prehispánico, indiano o posthispánico. El optar por el análisis prehispánico puede llegar a resultar de una utilidad extraordinaria como antecedente de la génesis y trayectoria de estos Derechos antes de su inserción

en el Derecho Indiano, pero su estudio sobrepasaría los límites no sólo de la Historia del Derecho Indiano, sino que de la Historia del Derecho en general, si es que miramos a esta como una especialidad de las ciencias jurídicas, para ello necesitaríamos necesariamente el auxilio de otros saberes no sólo humanísticos sino que científicos también. Entre esto contamos a la arqueología jurídica, la cual comprende en un sentido los restos arqueológicos de tipo jurídico o las antigüedades jurídicas, contempladas en un sentido estático, lo cual choca con la Historia del Derecho que lleva en si impresa la idea de proceso, de continuación y de movimiento, subyaciendo en esta una valoración teleológica que busca la relación con el presente y aún con el futuro. (Basadre Grohmann, 1997: 22).

De los textos que hemos hecho mención en este apartado, los de los peruanos Jorge Basadre padre e hijo, toman la opción de tratar el Derecho Indígena como antecedente, como Derecho previo a todo ordenamiento occidental, dándole un tratamiento especial y aparte que en el caso de Basadre Grohmann es más claro que en el de su hijo Basadre Ayulo. Lo anterior se basa en la conclusión a que llega el primero respecto al Derecho en general, toda vez que plantea que, si este existe en las culturas actuales de infancia y de fraternidad del hombre con la naturaleza, existió también en las culturas antiguas que estuvieron en análoga situación. Existió, por tanto, aún en las más antiguas culturas peruanas y, con mayor razón, entre los Incas. (Basadre Grohmann, 1997: 59).

He aquí una opción de como interpretar el Derecho Indígena, pero que lo presenta desde un cuadro estático, como algo que ya fue, que no es antecedente de nada, sino que de una simple historia que es común a nuestros pueblos en cada territorio. Una visión más dinámica es la que propone Beatriz Bernal, que como anunciamos trata del período prehistórico oriental y de medio oriente para desembocar en el México antes de la llegada de Cortés y lo proyecta a los tiempos futuros, pasando por la dominación hispánica, pero en un brevísimo relato. Esta opción nos entrega la posibilidad de ver el desarrollo jurídico como algo que se

mueve y evoluciona lo cual ya es un avance, pero también nos mueve a llegar a interpretar el concepto de Derecho como algo restrictivo y en palabras de la autora detectar "como común denominador en todas las sociedades primitivas el llamado "período de indiferenciación de la norma", en el cual, los pueblos no distinguieron las normas religiosas, morales y del trato social de las propiamente jurídicas" (Bernal, 23, 2011). Esta situación encaja con la interpretación positiva del Derecho y con la poca profundidad del tratamiento del ordenamiento indígena y especialmente su evolución, ya que entre las diversas comunidades, mas de alguna pudo haber entregado una distinción entre lo lícito civil y religioso por ejemplo, a la usanza romana o haber distinguido entre normas de trato social y aquellas con una coercibilidad manejada por el ordenamiento jurídico propio.

Como sea el Derecho Indígena también puede ser visto desde la óptica del Derecho Indiano y será apreciar en ese estatus temporal de su etapa intermedia, ya que el Derecho ya ha nacido y prospera en las comunidades indígenas americanas y se traspasa al nuevo ordenamiento hispano, validándose y aceptándose, aunque sea parcialmente no por un hecho buscado de parte de la Corona, sino que forzado por las dinámicas sociales y la variedad étnica del continente. De esta forma cuando el Derecho castellano o el criollo no alcanzan a conseguir la regulación de ciertas situaciones que se dan en la sociedad americana, es entonces que se hace necesario echar mano a la tradición, costumbre y normativas de los antiguos pobladores de estas tierras y así buscar solución a los conflictos.

Por lo anterior es que se habla de una aceptación parcial en el época intermedia del Derecho Indígena, en el que integra al Indiano, no es completa como se quiso hacer por ejemplo en épocas muy similares en las Capitulaciones de la Guerra de Granada, firmadas por los Reyes Católicos en el Real de la Vega de Granada el 28 de noviembre de 1491, en la que se les garantiza a los nazaritas el libre ejercicio de su religión, ley, lengua y costumbres sin restricción alguna, al contrario de lo

que ocurrió en Indias, donde la normativa indígena tuvo que ceñirse a la moral y legislación hispana. (García Arenal, 1975: 19)

Hasta ahora tenemos una primera etapa del Derecho Indígena o prehispánica, una etapa intermedia donde se estudia como elemento del Derecho Indiano y una etapa siguiente de proyección más allá del siglo XIX. Es del caso advertir que tomándonos de la etapa intermedia su estudio debe ser de algo que ya existe y ha evolucionado, por lo que el Derecho Indígena no nace en la época indiana, sino que se nutre y traspasa esta hacia el futuro.

Gracias al reconocimiento como elemento del Derecho Indiano, el ordenamiento indígena dejó como testimonio hasta la actualidad una herencia basada en antiguas costumbres como la mita que aún ocupan algunos pueblos altiplánicos, el mingaco y las cajas de comunidad. En el caso chileno y específicamente araucano, el indómito pueblo que no pudo ser sometido mantiene hasta nuestros días estructuras sociales y organizativas en base al Lof, célula social dentro de la estructura del territorio mapuche (Ñanculef, 2003: 48) y un sistema de juzgamiento propio que sanciona coercitivamente ciertas conductas que atentan contra su orden social, cual es el caso del Az Mapu aplicable a delitos individuales o colectivos (Villegas y Mella-Seguel, 2017: 102).

Los casos anteriores se mantienen hasta nuestros días dado que el hispano aceptó parcialmente el ordenamiento de las comunidades indígena más el agregado de lo indomable de un pueblo que hizo frente al español durante todo su período de dominación sin lograr apaciguarlo, y que a la fecha no logra ser dominado por la nación chilena. Por otra parte en el extremo norte de Chile también encontramos aplicaciones del Derecho Indígena que se traspasaron a nuestra época, especialmente en el ayllu aymara, en lo que concierne a la autoridad del Mallku o jefe de la comunidad quien preside los cabildos, celebrados luego de cada fiesta grande y en que se revisan los problemas de interés colectivo y se da

cuenta del estado de las tareas y del cumplimiento de las responsabilidades, castigando por su autoridad e imponiendo sanciones a quienes no cumplen con ellas. (Martínez, 1975: 410)

En resumen y como conclusión el Derecho Indígena posee una temporalidad diversa, por mucho tiempo se ha tomado desde la óptica del Derecho Indiano, haciendo de este su punto de partida y olvidando su génesis, así también se ha centrado su existencia entre los siglos XVI y XIX obviando su trascendencia hasta nuestras épocas. Creemos importante distinguir en la investigación de que se trate, de que período abordaremos para ver la necesidad de recurrir o no a alguna ciencia auxiliar que nos permita conocer a cabalidad el sistema de una determinada comunidad y de esta forma tener claro cuales serán los límites de inicio y fin de nuestro estudio.

Conclusiones

Tal como lo señalaron los antiguos maestros del siglo XX, en cuanto al Derecho Indígena, aún esta todo por hacer. La trascendencia de este es evidente en nuestros días, la lucha de las tierras y el interés por la cosmovisión de nuestros pueblos lo manifiesta.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho ha sido poco estudiado y merece un mayor espacio dentro de la cátedra y los estudios formales, su apertura significaría junto con generar un nuevo bagaje de contenidos, la posibilidad de interactuar efectivamente con otras disciplinas, logrando la anhelada multidisciplinariedad de nuestras ciencias.

El indígena americano, tal como el europeo, merece ser estudiado más allá que como un atractivo, como un ser humano que vive y vivió en sociedad, mantuvo

relaciones y un ordenamiento jurídico propio tal como el germano o el visigodo que profusamente estudiamos en nuestras cátedras.

El presente trabajo no ha tenido más fin que presentar una situación pocas veces vista en el área de la Historia del Derecho y sumar el interés de los investigadores en trabajar estas materias desde la visión del Derecho e ir más allá de lo que comúnmente discutimos en nuestra área.

Bibliografía

- Altamira, Rafael. (1941). *Análisis de la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680*. Buenos Aires.
- Basadre Ayulo, Jorge. (2011). *Historia del Derecho Universal y Peruano*. Lima: Ediciones Legales.
- Basadre Grohmann, Jorge. (1997). *Historia del Derecho Peruano*. Segunda Edición. Lima: SM Editorial.
- Bernal, Beatriz. (2010). *Historia del Derecho*. México: Nostras Ediciones.
- Dougnac Rodríguez, Antonio. (1994). *Manual de Historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Eyzaguirre, Jaime. (2006). *Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- García Arenal, Mercedes. (1975). *Los moriscos*. Madrid.
- García-Gallo, Alfonso. (1972). Problemas metodológicos de la Historia del Derecho indiano. *Estudios de Historia del Derecho Indiano*. Madrid.
- García-Gallo, Alfonso. (1973). Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la del Derecho Indiano. *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano 1972, actas y estudios*. Madrid.

- González de San Segundo, Miguel Ángel. (1995). *Un mestizaje jurídico. El Derecho indiano de los indígenas (Estudios de Historia del Derecho)*. Madrid: Ediciones del Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
- Kelsen, Hans. (1969). *Teoría general del estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. México: UNAM.
- Levene, Ricardo. (1918). *Notas para el estudio del Derecho Indiano*. Buenos Aires.
- Levene, Ricardo. (1924). *Introducción a la Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires.
- Manzano Manzano, Juan. (2000). Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del Derecho Indiano. *I Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y publicaciones, volumen 1*.
- Martínez Soto-Aguilar, Gabriela. (1975). Características de orden antropológico y socioeconómico de la comunidad de Isluga (I Región). *Norte Grande, Instituto Geográfico. Universidad Católica de Chile. Santiago*.
- Matienzo, Juan de. (1910). *Gobierno del Perú*. Edición de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires.
- Ñanculef, Juan. (2003). La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. N°6*.
- Palma, Eric Eduardo y Elgueta, María Francisca. (2018). Enseñanza de la historia del derecho centrada en el aprendizaje de los estudiantes a lo largo de 115 años de la fundación de la cátedra (Chile, 1902). *Revista Precedente*.
- Squella Agustín. (2003). *Apuntes de clases, Escuela de Derecho. Primer Año*. Valparaíso.
- Squella, Agustín. (2007). Una descripción del Derecho. *ISONOMIA, número 27*.

- Tau Anzoátegui, Pablo. (1973). La costumbre como fuente del Derecho indiano en los siglos XVI y XVII estudio a través de los Cabildos del Río de la Plata, Cuyo y Tucumán. *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid 17-23 de enero de 1972: actas y estudios.*
- Tomas y Valiente, Francisco. (1979). *Manual de historia del Derecho Español.* Madrid.
- Torres Aguilar, Manuel. (2016). *Manual de Historia del Derecho.* España: Tecnos.
- Villegas, Myrna y Mella-Seguel, Eduardo. (2017). *Cuando la costumbre se vuelve ley.* Santiago: LOM Ediciones.